



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2007

Sull'accessorietà del pegno

Alonso, José Luis

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-143359>

Book Section

Published Version

Originally published at:

Alonso, José Luis (2007). Sull'accessorietà del pegno. In: Cascione, C.; Masi Doria, C.. Fides, humanitas, ius: Studi in onore di Luigi Labruna. Napoli: Editoriale Scientifica, 77-99.

JOSÉ LUIS ALONSO
Universidad del País Vasco

Sull'accessorietà del pegno

1. Talvolta il lavoro ci conduce a degli argomenti che ci permettono di capire quanto dobbiamo alle fatiche di chi, sacrificando tempo della propria ricerca, impegna le sue forze in un'impresa editoriale senza la quale sarebbe impossibile la continuità della nostra tradizione scientifica. Questo piccolo saggio verte su uno di questi argomenti, relativamente al quale un riesame dei risultati di tale tradizione sarebbe molto più difficile senza l'ingente sforzo editoriale svolto dal destinatario dei presenti *Studi*. Infatti, *Antiqua*, la ben nota collana diretta da Luigi Labruna, ha pubblicato al riguardo tre opere fondamentali: i due studi classici in materia, di Umberto Ratti ed Edoardo Carrelli, e i capitali *Studien zum römischen Pfandrecht* di Max Kaser¹.

Contemporaneamente agli *Studien* di Kaser, Hans Ankum affrontò l'argomento dell'accessorietà in un saggio dedicato all'incidenza sul pegno della novazione dell'obbligazione garantita². Là Ankum sosteneva che i tardoclassici erano arrivati a risultati molto

* Il presente saggio è una rielaborazione del discorso svolto alla SIDHA di Komotini nel settembre del 2006 e fa parte di un lavoro più ampio sull'accessorietà del pegno. Ringrazio la dr. Ludovica Piro per la revisione del testo italiano, i colleghi dell'Università di Varsavia per la loro ospitalità ed i suggerimenti e il dr. Jakub Urbanik per il suo costante aiuto.

¹ U. RATTI, *Sull'accessorietà del pegno* (Macerata 1927), pubblicato in *Antiqua* 34, accanto allo studio *Sul 'ius vendendi' del creditore pignoratizio* (Napoli 1985), con nota di lettura di N. BELLOCCHI. E. CARRELLI, *Sull'accessorietà del pegno nel diritto romano* (Roma 1934), pubblicato in *Antiqua* 5 (Napoli 1980), con nota di lettura di W. WOŁODKIEWICZ. M. KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht* (Napoli 1982) nr. 16 di *Antiqua*, con tre studi dell'autore: *Studien zum römischen Pfandrecht*, in *TR.* 44 (1976) 233 ss.; *Studien zum römischen Pfandrecht II. Actio pignoratitia und actio fiduciae*, in *TR.* 47 (1979) 195 ss., 319 ss.; *Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand* (*Studien zum römischen Pfandrecht III*), in *SDHI.* 45 (1979) 1 ss.

² H. ANKUM, *Pignus und Novatio im klassischen römischen Recht*, in *Festschrift für E. Seidl* (Köln 1975) 1 ss.

vicini a quelli a cui li avrebbe portati l'idea dell'accessorietà funzionale, l'idea cioè della dipendenza estintiva del pegno rispetto all'obbligazione garantita; ma non era stata l'idea della accessorietà a portarli a tali risultati: loro non partivano, infatti, da un principio dogmatico, ma dalla formula, in uno sforzo interpretativo diretto a raggiungere la soluzione socialmente più adeguata. I risultati di Ankum riguardo al rapporto tra novazione e pegno sono stati ancora di recente sottoposti a revisione da Andreas Wacke, in uno studio che inevitabilmente coinvolgeva di nuovo il problema dell'accessorietà³.

Il presente lavoro prende spunto particolarmente da quello di Ankum, andando però fuori dell'ambito della novazione, per accertare se anche in altre fattispecie che estinguono al contempo sia l'obbligazione che il pegno è sempre vero che l'idea di accessorietà non abbia giocato un ruolo nelle soluzioni dei giuristi.

2. Mi occuperò solo, vorrei sottolinearlo, dell'accessorietà come *topos* argomentativo, non come dogma. Non intendo cioè affrontare la vecchia questione se il pegno fosse accessorio o meno, se la giurisprudenza cioè si sottomettesse al dogma dell'accessorietà. Che difficilmente essa potesse farlo risulta già, lasciando da parte ovvi discorsi sullo stile giurisprudenziale romano, dalla formula stessa dell'*actio pignoratitia* e di quella *Serviana*. Infatti, secondo la ricostruzione proposta da Lenel per quella *Serviana*⁴, in questo sicurissima, i modi di estinzione del pegno, che escludono l'esperibilità dell'azione, si riducono a tre: *solutio*, *satisfactio* e *mora creditoris*⁵.

... eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per Am Am stare quo minus solvatur ...⁶

³ A. WACKE, *Erzwingt eine Novation den Verlust bestehender Sicherheiten? Für eine Forderungsauswechslung auch beim Mobiliarpfand*, in *OIR*. 6 (2000) 215 ss.

⁴ O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*³ (Leipzig 1927) 494.

⁵ Il '*per eum stare quo minus solvatur*' della formula si risolve, nelle obbligazioni pecuniarie, esclusa ovviamente la possibilità di perimento dell'oggetto, nell'ipotesi di *mora creditoris*. E le obbligazioni tipicamente garantite dal pegno sono appunto quelle pecuniarie: alla *pecunia* si riferisce la formula stessa; e, infatti, solo le obbligazioni pecuniarie, secondo la dottrina dominante, ammettono garanzia pignoratizia: O. LENEL, *Das Edictum* cit. 254; M. KASER, *Studien* cit. 65 e nt. 31.

⁶ La ricostruzione leneliana è resa inattaccabile: per il primo e il terzo termine, da C. 4.32.19.2 (Diocl. Max.) e dalla citazione di Taleleo nello Sch. τὸ πλάτος a B.

Questa stessa 'Befriedigungsklausel' ricompare nell'azione *pigneraticia*, come presupposto della condanna⁷. Nelle due formule serve ovviamente a tutelare il 'Sicherungsinteresse', l'interesse cioè del creditore a conservare il pegno, che mai è più grande di quando egli perde l'azione personale senza soddisfazione⁸.

Ora, nonostante la grande libertà – quasi disinvoltura – con cui la giurisprudenza lavorava sulle formule, queste nostre, è chiaro, rendevano difficile costruire un sistema di accessorietà estintiva, perché ricordavano permanentemente ai giuristi che il pegno deve conservarsi per il creditore insoddisfatto. Come leggiamo ancora nel commento di Marciano all'azione ipotecaria, in D. 20.1.13.4:

... suas condiciones habet hypothecaria actio, id est si soluta est pecunia aut satisfactum est, quibus cessantibus tenet ...

È vero che per via di analogia la giurisprudenza arrivò alla liberazione del pegno in molti altri casi di estinzione dell'obbligazione diversi dalla *solutio* e dalla *satisfactio*⁹. Questo estendersi per analo-

23.3.67 (= C. 4.32.19) [HEIMBACH II 727]; per il secondo termine, da D. 20.1.13.4 (Marcian. *form. hyp.*).

⁷ O. LENEL, *Das Edictum* cit. 255: ... *eamque pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse aut per Nm Nm stetisse, quo minus solveretur* ... Concludenti per questa ricostruzione: C. 8.30.3 (Diocl. Max., a. 293), riguardo al primo e al terzo termine; D. 13.7.9.3 (Ulp. 28 *ed.*), per il secondo. Cfr. anche, sia per questa che per quella *Serviana*, il parallelo dell'*interdictum de migrando*, riprodotto in D. 43.32.1 pr.: ... *et ea merces tibi soluta eove nomine satisfactum est aut per te stat, quo minus solvatur* ...

⁸ In questo senso B. V. SALPIUS, *Novation und Delegation nach römischen Recht* (Berlin 1864) 206; A. WACKE, *Erzwingt* cit. 227.

⁹ Fra i più chiari esempi di questo estendersi per analogia delle fattispecie di estinzione sia dell'obbligazione che del pegno, D. 12.2.40 (Iul. 13 *dig.*), dove l'efficacia estintiva dell'*acceptilatio* sulla garanzia (*fiducia* nell'originale: *infra* nt. 25) serve a Giuliano per giustificare la stessa soluzione nel *iusiurandum*. Punto di partenza di questo operare analogico dovrebbe essere il *solvere* e il *satisfacere* della formula. Sorprende però nelle fonti l'apparente scarsa preoccupazione dei giuristi di ricondurre a queste nozioni le fattispecie di estinzione di entrambi i rapporti: tanto scarsa, che nei commenti alle formule di un'assimilazione alla *solutio* non v'è parola, e di un'assimilazione alla *satisfactio* conosciamo solo: a) per l'*acceptilatio*: D. 46.3.49 (Marcian. *form. hyp.*); b) per l'*expromissio*: D. 13.7.9.3 (Ulp. 28 *ed.*); e c) dalla stessa fonte, anche se in modo meno sicuro (*infra* nt. 27), per il *pactum de non petendo*. Invece, tra le fonti che danno per scontata la liberazione del pegno tramite *datio in solutum*, novazione non espromissoria o *iusiurandum* sul debito non ve

gia delle ipotesi di estinzione simultanea fece sì che con l'avanzare del periodo classico diventassero sempre più marginali i casi in cui il pegno sopravviveva all'obbligazione¹⁰. Il suo numero si ridusse ancora di più con l'emergere della nozione di *naturalis obligatio*, a cui alcune di queste fattispecie potevano ricondursi¹¹. Per gli ultimi

n'è una che la giustifichi con l'aiuto della formula. Per spiegarlo non basta a mio avviso invocare un preteso scarso interesse dei compilatori per le formule. Sembra piuttosto che la 'Befriedigungsklausel' si sentisse come un limite e perciò si invocasse per giustificare la sussistenza del pegno più che la sua liberazione; cfr. D. 16.1.13.1 (Gai. 9 *ed. prov.*): ... *quia verum est convenisse de pignoribus nec solutam esse pecuniam*; D. 13.7.11 pr. (Ulp. 28 *ed.*): *Solutum non videtur, si lis contestata cum debitore sit de ipso debito vel si fideiussor conventus fuerit*; D. 20.1.13.4 (Marcian. *form. hyp.*): ... *quia suas condiciones habet hypothecaria actio, id est si soluta est pecunia aut satisfactum est, quibus cessantibus tenet ...*; D. 36.1.61(59) pr. (Paul. 4 *quaest.*): ... *verum est enim non esse solutam pecuniam ...* Cfr. pure D. 44.2.30.1 (Paul. 14 *quaest.*), dove '*verum est enim et pigneri datum et satisfactum non esse*' serve ad escludere l'estinzione del pegno per consolidazione.

¹⁰ Alla fine del periodo classico, per quanto possiamo ricavare dalle fonti, il pegno sopravvive soltanto: a) alla consunzione processuale operata dalla *litis contestatio* e dalla condanna: D. 13.7.11 pr. (Ulp. 28 *ed.*), D. 20.1.13.4 (Marcian. *form. hyp.*), C. 8.13(14).8 = C. 8.26.1.1 (Gord. a. 239); a dispetto dell'impressione che può causare D. 20.1.27 (Marcell. 5 *dig.*), il pegno non sopravvive invece all'assoluzione 'ingiusta', cfr. D. 20.6.13 (Tryph. 8 *disp.*); b) alla confusione 'impropria' – D. 46.3.38.5 (Afr. 7 *quaest.*), esaminato *infra* nel testo – e 'propria' – D. 36.1.61(59) pr. (Paul. 4 *quaest.*). Irrecuperabile invece il contesto originario dell'apodittica affermazione di C. 8.30(31).2 (Gord. a. 240): *Intellegere debes vincula pignoris durare personali actione submota*. Si aggiunga: c) probabilmente la *mors litis*, alla luce di D. 9.2.30.1 (Paul. 22 *ed.*); d) la novazione, quando i suoi effetti vengono cancellati *iure honorario*: D. 4.4.50 (Pomp. 9 *epist.*); D. 16.1.13.1 (Gai. 9 *ed. prov.*); la sussistenza del pegno in questi due passi si deve appunto alla rescissione pretoria della novazione e non, a mio avviso, alla generale irrilevanza della stessa sul pegno, congetturata sulla base degli stessi testi per i primi classici da H. ANKUM, *Pignus und Novatio* cit. 3 ss.; così lo provano: che la stessa soluzione per lo stesso problema si trova ancora nel periodo epiclassico in C. 4.29.8 (Gord. a. 238); e soprattutto, che Gaio stesso, il quale secondo Ankum non avrebbe ancora riconosciuto l'efficacia satisfattiva della novazione, pone invece in D. 13.7.10 (Gai. 9 *ed. prov.*), commentando la formula *pigneraticia*, quale esempio emblematico di *satisfactio* l'*expromissorem dare*, cioè appunto la novazione – delegatoria passiva – (e se Gaio scrive *non prodest* è solo perché il creditore non può essere costretto ad accettare in luogo della *solutio* una *satisfactio*, tanto meno *apud iudicem* come accade *in casu*).

¹¹ Così, per spiegare la sopravvivenza del pegno alla *litis contestatio*, i tardo-classici avrebbero potuto servirsi della correlativa sussistenza di un'*obligatio naturalis*, secondo la dottrina attribuita a Giuliano in D. 46.1.8.3 (Ulp. 47 *Sab.*) e D. 12.6.60 pr. (Paul. 3 *quaest.*). Che ciò non sia accaduto è un testimonio notevole di quanto loro fossero ancora lontani dall'idea dell'accessorietà. Infatti: né questi due

classici, era dunque vero che tra le diverse ipotesi di estinzione dell'obbligazione, le più numerose e abituali comportavano pure la liberazione del pegno. L'estinzione di entrambi i rapporti era diventata così chiaramente la regola, e come tale viene enunziata in D. 46.3.43 (Ulp. 2 *reg.*):

In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores hypothecae pignora ...

Come si può immaginare, il passo è stato centrale nell'emersione e nella discussione del dogma dell'accessorietà¹². Impressiona infatti la formulazione apparentemente indiscriminata – *in omnibus speciebus liberationum* –, in contrasto con le fonti in cui il pegno sopravvive al credito¹³, e l'apparente connessione tra l'estinzione all'unisono e la qualificazione di pegni ed ipoteche, accanto agli *adpromissores*, come *accessiones*. Anche i contraddittori del dogma dell'accessorietà si sono lasciati dominare da questa impressione, che non permetteva loro altro che di imputare il passo ai compilatori¹⁴, per cui offrono facili argomenti l'endiadi, tipicamente orientale¹⁵, '*hypothecae pigno-*

testi sull'*obligatio naturalis post litem contestatam* fanno parola del pegno, né le fonti sulla sopravvivenza del pegno alla *litis contestatio* (Ulpiano, Marciano e Gordiano, citati nella nota precedente *sub* 'a') ricollegano questa all'*obligatio naturalis*, ma significativamente alla 'Befriedigungsklausel' della formula (*solutum non videtur*, in Ulpiano; *quia suas condiciones habet hypothecaria actio, id est si soluta est pecunia aut satisfactum est*, in Marciano), cioè all'autonomia estintiva del pegno rispetto all'obbligazione. Una connessione tra la sussistenza del pegno e l'*obligatio naturalis* si trova soltanto: a) in D. 20.1.14.1 (Ulp. 73 *ed.*): *Ex quibus causis naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit*; b) in D. 36.1.61 pr. (Paul. 4 *quaest.*), dove l'*obligatio naturalis* viene presentata, con geniale cambiamento di prospettiva, non come fondamento della sussistenza del pegno – ricondotta questa come di solito alla 'Befriedigungsklausel' della formula – ma all'inverso, come sua conseguenza (il che, se la tradizione giurisprudenziale romana non si fosse immediatamente spenta, avrebbe condotto ad un'impostazione del tutto nuova del rapporto tra pegno ed *obligatio*).

¹² Cfr., fra l'abbondantissima letteratura, il ruolo decisivo che al passo attribuiscono H. DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts* II (Leipzig 1864) 575; U. RATTI, *Sull'accessorietà* cit. 7 s., *passim*.

¹³ *Supra* nt. 10; *infra* nel testo.

¹⁴ E. CARRELLI, *Sulla accessorietà* cit. 68 ss.

¹⁵ Frequente nelle costituzioni imperiali da Leone I in poi: cfr. F. EBRARD, *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam und die Hypothecarezeption* (Leipzig 1917) 124 ss.

ra', e l'*hapax legomenon* di *accessio* come comprensivo della garanzia reale¹⁶. Ma queste riserve non sono insuperabili, e si deve poi notare: a) che il contrasto con le fonti in cui il pegno sopravvive al credito dipende dall'interpretazione di '*in omnibus speciebus liberationum*' come comprensivo di tutte le ipotesi di estinzione dell'obbligazione; ma invero non tutte rappresentano una liberazione per il debitore: così, particolarmente, la fattispecie più evidente di permanenza del pegno, cioè la consunzione processuale¹⁷; b) che è il peso della tradizione posteriore che ci fa attribuire valore dogmatico alla qualifica del pegno come *accessio*, che per Ulpiano poteva non avere altra portata che quella puramente descrittiva.

Con queste restrizioni, e intesa come semplice 'Faustregel', cioè non come espressione di una necessità dogmatica ma di una semplice constatazione empirica, la regola rispecchia bene la situazione alla fine del periodo classico.

Si deve però ancora ribadire che la giurisprudenza non arrivò mai a una correlazione completa tra l'estinzione del pegno e quella dell'obbligazione, come postulata dall'"Akzessorietätsdogma". Esempiare in questo senso, D. 46.3.38.5 (Afr. 7 *quaest.*), su cui sarà utile soffermarsi:

Qui pro te apud Titium fideiusserat, pignus in suam obligationem dedit: post idem heredem te instituit. Quamvis ex fideiussoria causa non tenearis, nihilo minus tamen pignus obligatum manebit. At si idem alium fideiussorem dederit atque ita heredem te instituerit, rectius existimari ait sublata obligatione eius, pro quo fideiussum sit, eum quoque qui fideiusserit liberari¹⁸.

¹⁶ Nelle fonti, riguardo a un'obbligazione, *accessiones* è sinonimo di *adpromissores* (inammissibile oggi la posizione al riguardo di S. SOLAZZI, *Né accessiones né adpromissores*, in *BIDR.* 38 [1930] 1 ss.): cfr. Gai 3.126; D. 46.1.3 (Ulp. 43 *Sab.*); D. 45.1.91.4 (Paul. 17 *Plaut.*); D. 46.1.34 (Paul. 72 *ed.*); D. 46.1.71 pr. (Paul. 4 *quaest.*). Cfr. ancora D. 45.1.91.5 (Paul. 17 *Plaut.*) dove per analogia col *fideiussor* viene qualificato come *accessio* il *pater iubens*. Enigmatico il *fideiussori ceterisque accessionibus* di D. 46.1.32 (Ulp. 76 *ed.*). In altro senso, non rilevante per noi, si parla di *accessio in obligatione* in D. 44.7.44 pr. e 4 (Paul. 74 *ed.*).

¹⁷ Nemmeno nella fattispecie di permanenza del pegno descritta in D. 46.3.38.5 (Afr. 7 *quaest.*), di cui *infra* nel testo, si può parlare di liberazione del debitore.

¹⁸ Sul passo, cfr. H. ERMAN, *Pignus hypothecave*, in *Mélanges P.F. Girard I* (Paris 1912) 449; U. RATTI, *Sull'accessorietà* cit. 75 ss.; G. BESELER, *Romanistische Studien*, in *ZSS.* 47 (1927) 55; E. CARRELLI, *Sulla accessorietà* cit. 75 ss.; S. SOLAZZI,

Chi si era obbligato di fronte a Tizio come tuo fideiussore, diede pure pegno per la sua propria obbligazione: la garanzia, come si vede, si costituisce per l'obbligo accessorio del fideiussore, non per quello principale. Poi – prosegue il testo – ti istituì erede. Sebbene tu non sia già convenibile come *fideiussor* – estinta cioè la fideiussione per confusione delle persone del *fideiussor* e del debitore principale: è la cd. confusione impropria¹⁹ –, il pegno rimarrà comunque obbligato. Ma se il *fideiussor* avesse dato in garanzia – invece del pegno – un altro *fideiussor* (*secundus*), e poi ti avesse istituito erede, è più giusto ritenere che, estinta l'obbligazione di quello per cui lui (*secundus*) ha fatto fideiussione – estinta cioè di nuovo per confusione 'impropria' l'obbligazione del *fideiussor primus* – pure il fideiussore (*secundus*) resti liberato.

Malgrado le contorsioni della frase finale, il pensiero di Giuliano-Africano traspare con tutta chiarezza: estinta la *fideiussio* per confusione impropria, quando il debitore diventa erede del fideiussore, si tratta di sapere se anche le garanzie reali o personali costituite per l'obbligo del fideiussore cadano. E Africano, questo ci interessa ora, distingue: la garanzia personale – l'obbligazione del *fideiussor secundus* – di certo cade, caduta l'obbligazione garantita; il pegno, invece, sussiste: *nihilominus pignus obligatum manebit*. Il

L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano I² (Napoli 1935) 229, 301 e nt. 1, 308, 310; G. WESENBERG, *Der Zusammenfall in einer Person von Hauptschuld und Bürgschaftschuld im klassischen römischen Recht* (Breslau-Neukirch 1935) 17 s., 25, 31 s.; G. BESELER, *Unklassische Wörter*, in ZSS. 56 (1936) 80; ID., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, in ZSS. 66 (1948) 352; F. SCHWARZ, *Begriffsanwendung und Interessenwertung im klassischen römischen Recht*, in ACP. 152 (1952-53) 205; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni I. Le garanzie personali* (Padova 1962) 152 s.; A. TORRENT, *Fideicommissum familiae relictum* (Oviedo 1975) 98 s.; P. KIEß, *Die confusio im klassischen römischen Recht* (Berlin 1995) 64 ss. Fra l'abbondante letteratura pandettistica: H. DERNBURG, *Das Pfandrecht* II cit. 592; H. SCHWANERT, *Die Naturalobligation des römischen Rechts* (Göttingen 1861) 409 s.; H. SCHOTT, *Über die accessorische Natur des Pfandrechts*, in JJB. 15 (1877) 52 ss.; L. GOLDSCHMIDT, *Haupt- und Nachbürge. Mitbürgen. Auxilium divisionis und cedendarum actionum. Theilzahlung*, in JJB. 26 (1888) 351 ss.; F. EISELE, *Civilistische Kleinigkeiten*, in JJB. 31 (1892) 404; E. MOSLER, *Zur Lehre von der Confusion nach gemeinem römischem Recht und dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches* (Berlin 1897) 70 ss.; P. KRETSCHMAR, *Die Theorie der Confusion* (Leipzig 1899) 77 ss.; L. KROKISUS, *Die 'unechte confusio' nach römischem Recht und dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches* (Diss. Jena, Berlin 1906) 35 ss.

¹⁹ Cfr. la lett. cit. da P. KIEß, *Die confusio* cit. 94 nt. 4.

contrasto con la *fideiussio* parla chiaro: nel pegno non vi è accessorialità estintiva²⁰. La soluzione viene presentata, ma non argomentata, ed infatti era ovvio per chi tenesse presente la 'Befriedigungsklausel' delle formule che questa confusione impropria non si poteva far valere di fronte al creditore né come *solutio* né come *satisfactio*²¹. Ancor più che la stessa conservazione del pegno parla in questo caso contro il dogma dell'accessorialità questa mancanza di argomentazione, salvo che si voglia sospettare un'abbreviazione compilatoria, di cui il testo non offre, però, alcun indizio.

3. Torniamo così al punto di partenza: l'accessorialità resta esclusa come dogma, ma interessa ancora esaminare se non si trovino nelle fonti tracce del suo impiego come *topos* argomentativo, come uno dei possibili punti di vista per decidere sulla sussistenza o meno del pegno. Un tale impiego verrebbe legittimato dall'emersione della 'Faustregel' che finalmente trovò la sua espressione in D. 46.3.43 (Ulp. 2 reg.). E infatti nelle fonti vi sono due testi, di Giuliano e Marciano, che sembrano argomentare dal principio di accessorialità. Tutti e due sono stati finora negletti negli studi al riguardo, tanto che nemmeno ricevono attenzione da Ratti e Carrelli. In tutti e due il debitore viene liberato *ope exceptionis* – per *iusiurandum* in Giuliano, per *pactum de non petendo* in Marciano. In tutti e due, il giurista considera che il creditore deve perdere pure la garanzia. E soprattutto, in tutti e due ciò si argomenta ricordando che l'*exceptio* in questione è perpetua, cioè, che il creditore ha perso pure definitivamente l'azione personale. Il che, almeno *prima facie*, sembra argomentare dal principio di accessorialità.

Il primo è D. 12.2.40 (Iul. 13 *dig.*):

Iusiurandum a debitore exactum efficit, ut pignus liberetur: est enim hoc acceptilationi simile: perpetuam certe exceptionem parit. Idcirco poenam quoque petentem creditorem exceptione summove-

²⁰ Infruttuosi i tentativi di una spiegazione alternativa tra i pandettisti: cfr. L. KROKISIUS, *Die 'unechte confusio'* cit. 37 s. Rinnova questi sforzi, pure inutilmente, U. RATTI, *Sull'accessorialità* cit. 75 ss.

²¹ In questo senso cfr. gl. '*obligatum*': *habet enim suas condiciones hypothecaria ut duret donec debitum sit solutum vel alias satisfactum, ut supra de pig. l. grege § etiam* (= D. 20.1.13.4 [Marcian. *form. hyp.*], invocato sistematicamente nella glosa per spiegare i passi in cui il pegno sopravvive all'obbligazione).

ri oportet et solum repeti potest, utpote cum interposito eo ab omni controversia discedatur²².

In questo primo passo però l'argomento della perpetuità dell'*exceptio* non serve direttamente a giustificare la liberazione della garanzia, ma piuttosto l'analogia con l'*acceptilatio*, che costituisce il vero argomento di Giuliano. E proprio col sottolineare che l'*exceptio iurisiurandi* è perpetua – così come definitiva è la liberazione *ipso iure* tramite *acceptilatio* –, Giuliano fa capire che il principio di accessorietà pesava per lui molto di meno che l'insostenibilità al suo tempo di un diverso trattamento dell'*indebitum* civile e di quello pretorio²³. La questione peraltro concerneva meno il rapporto tra pegno e obbligazione in generale che la portata del *iusiurandum*, come mostra la seconda parte, '*idcirco* rell.'²⁴.

²² Sul passo, cfr., oltre quelli citati nelle ntt. successive: F.C. v. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts* V (Berlin 1841) 387; VII (Berlin 1848) 64, 66; P. OERTMANN, *Die fiducia im römischen Privatrecht* (Berlin 1890) 26, 192; B. BIONDI, *Il giuramento decisivo nel processo civile romano* (Palermo 1913) 57 nt. 1, 111 s.; W. RECHNITZ, *Studien zu Salvius Iulianus* (Weimar 1925) 43; W. STINTZING, *Beiträge zur römische Rechtsgeschichte* (Jena 1901) 48 ss.; R. v. MAYR, *Condictio incerti*, in ZSS. 24 (1903) 266 nt. 6; U. RATTI, *Sull'accessorietà* cit. 73; G. BESELER, *Textkritische Studien*, in ZSS. 53 (1933) 24 s.; W. ERBE, *Die fiducia im römischen Recht* (1940); H. KRELLER, *Formula fiduciae und Pfandedikt*, in ZSS. 62 (1942) 146 nt. 16, 148; L. AMIRANTE, *Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formulae* (Napoli 1954) 129; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni II. Le garanzie reali* (Padova 1963) 58, 73, 278; E. BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians* (Köln-Graz 1965) 58 s., 95 nt. 12, 96 nt. 14; M. KASER, *Studien* cit. 67 nt. 43, 103 ntt. 250 e 252; 263; B. NOORDRAVEN, *Die fiducia im römischen Recht* (Arnhem 1988) 23 nt. 27; 24; 386; ID., *Die 'fiducia' im römischen Recht*, in *Index* 18 (1990) 252 nt. 7.

²³ Una differenza al riguardo non si ammetteva nemmeno, come si sa, di fronte alla *condictio 'indebiti'*, dove l'equiparazione risale almeno a Celso (D. 12.6.47); cfr. D. 12.6.26.3 = Vat. 266 (Ulp. 26 ed.) e D. 12.6.40 pr. (Marcian. 3 reg.), sottolineando entrambi la perpetuità dell'*exceptio* come requisito/giustificazione. Meno giustificato sembrava dunque ancora differenziare di fronte ad un'azione di buona fede come l'*actio fiduciae*, a cui (*infra* nt. 25) si riferiva originariamente il nostro testo. Per altri aspetti dell'equiparazione tra *indebitum* civile e pretorio, cfr. D. 13.5.3.1 (Ulp. 27 ed.) (nullità del *constitutum*); D. 34.3.13 (Iul. 81 dig.) (nullità del *legatum liberationis*); D. 12.2.14 (Iav. 15 Cass.) (inammissibilità della compensazione; originariamente, della *deductio* del *bonorum emptor*).

²⁴ Infatti, l'analogia tra *acceptilatio* e *iusiurandum* dipende dal fatto che questo, formalmente unilaterale, è però efficace solo perché *exactum* dal creditore – come sottolinea Giuliano; portando l'analogia all'estremo, si potrebbe dire che l'*exactio iurisiurandi* è una remissione del debito condizionata al giuramento. Stando così le

Ma il passo cade fuori del nostro lavoro soprattutto perché probabilmente non si riferiva al pegno, ma alla *fiducia*, di cui si occupava infatti, come sappiamo da Lenel, il libro 13 dei *digesta* di Giuliano²⁵.

4. Resta così soltanto D. 20.6.5 pr. (Marcian. *form. hyp.*):

Solvitur hypotheca et si ab ea discedatur aut paciscatur creditor, ne pecuniam petat: nisi si quis dicat pactum interpositum esse, ut a persona non petatur. et quid si hoc actum sit, cum forte alius hypothecam possidebit? sed cum pactum conventum exceptionem perpetuam pariat, eadem et in hoc casu possunt dici, ut et ab hypotheca discedatur²⁶.

cose, la questione è la rilevanza di una volontà del creditore contraria all'estinzione della garanzia; si tratta cioè di decidere se si apra una *quaestio voluntatis* o s'imponga un'interpretazione oggettiva, tipica, del negozio: e Giuliano difende la seconda per il giuramento. Questa impostazione traspare nella seconda parte del testo, dove si argomenta che invitare al giuramento presuppone rinunciare, se l'invito viene accettato, ad ogni controversia: non solo sul debito in sé, anche se il creditore avesse voluto altrimenti.

²⁵ O. LENEL, *Quellenforschungen in den Edictcommentaren*, in ZSS. 3 (1882) 104 ss. (sul passo 108, 117). L'ipotesi che si tratti di un *excursus* sul pegno in sede *de fiducia* non è impossibile, ma il testo non offre alcun indizio per postulare questa come l'ipotesi più probabile. Il '*liberetur*' iniziale potrebbe forse sembrare più adatto ad esprimere l'estinzione del diritto reale di pegno che l'obbligo di restituire la fiducia; ma espressioni del genere si usavano pure per quest'ultima, come mostra il [*pignus*] <*fiducia*> *solvitur* di D. 13.7.24.3 (Ulp. 30 *ed.*). Che il parere di Giuliano possa senz'altro estendersi al pegno, come vuole H. ANKUM, *Pignus und Novatio* cit. 12 nt. 58, non è sicuro, considerando che probabilmente è stato Giuliano stesso a estendere in questo caso al giuramento l'efficacia estintiva propria dell'*acceptilatio*, e questo con riguardo alla *fiducia*, in cui la *bona fides* rendeva l'operazione più agevole: agisce infatti, ovviamente, contro la buona fede chi riceva giuramento rispetto al debito e poi non voglia remancipare la garanzia. Per il pegno, invece, per il quale era necessario superare il limite imposto dalla 'Befriedigungsklausel' della formula, il primo testimonio è di età severiana, D. 20.6.13 (Tryph. 8 *disp.*). Ankum argomenta che nella *formula fiduciae* vi era la stessa 'Befriedigungsklausel' di quella *pigneraticia*, ma a questo riguardo la ricostruzione leneliana è stata a ragione abbandonata da M. KASER, *Studien* cit. 102 ss., e G. NOORDRAVEN, *Die fiducia* cit. 386 s.: la clausula infatti non è testimoniata nelle fonti – né il nostro passo giuliano né D. 46.2.12 (Paul. 31 *ed.*), gli unici invocati da Lenel, provano nulla – e la menzione della *bona fides* la rende superflua.

²⁶ Anche se è ovvio che non tutto sta in ordine nel testo (cfr. *infra* nel § 7), non bastano per giustificare la critica i rimproveri, solamente stilistici, mossi nel tentativo di eliminare *hypotheca* dal linguaggio dei classici, sollevati da M. FEHR, *Beiträge*

Punto di partenza di Marciano è l'equiparazione tra la rinuncia alla quantità dovuta e la rinuncia all'ipoteca stessa: *solvitur hypotheca et si ab ea discedatur aut paciscatur creditor, ne pecuniam petat*.

All'esperibilità in questi casi dell'azione *pigneraticia* non sappiamo con sicurezza se la giurisprudenza fosse arrivata tramite interpretazione della 'Befriedigungsklausel', ammettendo questi *pacta*, cioè, come *satisfactiones*²⁷. Ma possiamo essere invece

zur Lehre vom römischen Pfandrecht in der klassischen Zeit (Upsala 1910) 104 (*nisi si, possidebit, forte*) e F. EBRARD, *Die Digestenfragmente* cit. 100 e nt. 38 (che censura ancora *et quid si* come parafrasi del precedente [!], qualifica il *nisi* come 'nachhinkend' e per ciò itp., vede il greco καὶ dietro i diversi 'et', censura infine *in hoc casu* e *ut non* in luogo di *ne*).

²⁷ La situazione testuale al riguardo è complicata. Per la rinuncia al pegno rileva D. 13.7.9.3 (Ulp. 28 ed.): ... *satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum: sive aliis pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat, sive fideiussoribus sive reo dato sive pretio aliquo vel nuda conventione, nascitur pigneraticia actio* ... Nell'interpretazione tradizionale, alle quattro modalità iniziali di *satisfactio*, in cui il creditore *recedit a pignore* ricevendo altri pegni, fideiussori, un nuovo debitore, un qualche prezzo, se ne aggiunge una quinta, in cui la rinuncia si concreta in una *nuda conventio*: *nuda*, perché non accompagnata da nuova *pignoris datio*, *fideiussio*, stipulazione novatoria o *numeratio pretii* (forse pure perché non accompagnata da devoluzione del pegno: per questo senso di *nuda conventio* come antonimo di *traditione*, cfr. D. 41.3.33.4-5 [Iul. 44 dig.] e D. 13.7.1 pr.-1 [Ulp. 40 Sab.], relativi alla costituzione del pegno). Questa *nuda conventio* sarebbe lo stesso *pactum ne res pignori sit* di cui *infra* nt. 29, lo stesso *discedere ab hypotheca* di Marciano (che si tratti invece, come vuole P. FREZZA, *Le garanzie* II cit. 287, del *pactum de non petendo* è inammissibile: tutto il passo viene imposto intorno al *recedere a pignore*, non a *obligatione*: cfr. anche la continuazione, non trascritta; cfr. pure B. 25.1.9.2: ... ἢ ψιλῶ συμφώνῳ ὁ δανειστής τοὺς ἐνέχυρου ἀνεχώρησεν [HEIMBACH III 56 = SCHELTEMA A III 1189]). In una diversa interpretazione, M. KASER, *Studien* cit. 66 e nt. 41 (e già, prima di lui, S. CRUZ, *Da Solutio* I [Coimbra 1962] 270 ss.), riduce *sive pretio aliquo vel nuda conventio* a semplici qualificazioni delle tre prime fattispecie: quando il creditore accetta un altro pegno, un fideiussore, un nuovo debitore, vi è *satisfactio* senza che rilevi se riceve o meno un 'Gegenwert'. Contro questa interpretazione si deve notare che Ulpiano non avrebbe potuto dire di nessuna delle tre fattispecie iniziali che esse si concludano *nuda conventio*, a meno che per *nuda* intendesse gratuita, il che la parola non può significare; l'idea stessa di pagare un prezzo al creditore per fargli accettare una nuova garanzia o un nuovo debitore è insolita e non trova riscontro nelle fonti; invece, l'ipotesi di rinuncia al pegno in cambio di un prezzo si ritrova in D. 20.6.8.5 (Marcian. *form. hyp.*): ... *sed dicendum est, ut concedere possint, scilicet si pretium pro pactione accipiant quasi vendant (pro pactione, i.e. ne res pignori sit, della quale tratta il commento marciano dal § 1 ss.)*. Tornando dunque all'interpretazione tradizionale, il passo provverebbe che almeno per Ulpiano il patto di remissione del

abbastanza sicuri che l'esclusione dell'azione ipotecaria, di cui si occupa il nostro testo, non si articolava con l'aiuto della 'Befrie-

pegno bastava per l'*actio pigneraticia*, e che a questo risultato si era arrivati ammettendolo come *satisfactio*. Il sospetto che il valore satisfattivo del *pactum de non petendo* sia un'idea dei bizantini – sviati dall'esasperazione del valore della *nuda voluntas* – fu però avanzato da G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* III (Tübingen 1913) 144 – «Vielleicht neuernde Interpolation, die sagen will, dass auch nackter Erlass Satisfaktion ist» – e sviluppato da F. PRINGSHEIM, *Eigentumsübergang beim Kauf*, in ZSS. 50 (1930) 395 ss., e G. GROSSO, *Remissione del pegno e 'satisfactio'*, in AAT. 65 (1930) 111 ss. [= *Scritti Storico Giuridici* III (Torino 2001) 354 ss.]. Ma è poco probabile che nel periodo classico la remissione del pegno, che con sicurezza escludeva l'azione reale (*infra* nt. 29), non rendesse invece esperibile quella *pigneraticia*, che mancando cioè la devoluzione al pignorante, questo non avesse altro aiuto che la *reivindicatio* (la problematica *condictio* D. 12.1.4.1 [Ulp. 34 *Sab.*] si riferisce all'ipotesi di *solutio*). E che l'idea sia bizantina contrasta con la versione di B. 25.1.9.1, dove la rinuncia non viene menzionata come modalità di soddisfazione, ma accanto a questa e al pagamento, come diversa fattispecie (HEIMBACH III 56 = SCHELTEMA A III 1189). La situazione testuale è ancora meno chiara per il *pactum de non petendo*. In primo luogo, perché è notevole che esso non venga da Ulpiano menzionato in questo elenco definitorio della *satisfactio*. E soprattutto per la stesura del frammento in cui il giurista lo ammette come fondamento dell'azione *pigneraticia*, D. 13.7.11.2 (Ulp. 28 *ed.*): *Si quasi daturus tibi pecuniam pignus accepero nec dedero, pigneraticia actione tenebor et nulla solutione facta: idemque et si accepto lata sit pecunia, vel condicio defecit, ob quam pignus contractum est, vel si pactum, cui standum est, de pecunia non petenda factum est*. Ulpiano elenca qui dei casi in cui l'azione *pigneraticia* è esperibile *et nulla solutione facta*. Potrebbe pensarsi dunque che per lui tutti valgano come *satisfactiones* nel senso della formula – così infatti M. KASER, *Studien* cit. 67 –, senonché questo è improponibile per il primo – *pecunia non numerata*, dove manca dunque, almeno sul piano pretorio, un *debitum* che possa considerarsi *satisfactum* – e per il terzo – deficienza della condizione a cui era stata sottoposta la *datio pignoris* stessa –. In questi due casi è palese che la formula *in factum* che conosciamo sarebbe completamente inutile: infatti, presupposti della condanna sono in questa soltanto *solutio*, *satisfactio* e *mora creditoris*; la *datio pignoris* e la *pecunia debita* vengono, sì, menzionate – *s.p. Am. Am. No. No. rem q.d.a. ob pecuniam debitam pignori dedisse ...* – ma la loro mancanza non conduce alla condanna del convenuto, anzi, toglierebbe la legittimazione all'attore. Il fatto che Ulpiano tratti insieme queste due fattispecie e, a dispetto della sua ovvia incompatibilità con la formula *in factum*, ammetta l'*actio pigneraticia*, è a mio avviso un indizio forte, finora inosservato, in favore della discussa formula *in ius* di buona fede; altri indizi, in M. KASER, *Studien* cit. 78 ss.; *contra*, H. ANKUM, *La responsabilità del creditore pignoratizio nel diritto romano classico*, in *Studi in onore di A. Biscardi* IV (Milano 1983) 604 s., 625 s.; da ultimo, W. LITEWSKI, *Das Bestehen der 'formula in ius concepta' mit der 'bona fides'-Klausel beim Pfand*, in *Labeo* 45 (1999) 183 ss. Non è da escludere, visto che queste due fattispecie sono da Ulpiano accomunate

digungsklausel', ma soltanto *ope exceptionis*²⁸: così era sicuramente nell'ipotesi di *pactum ne pignori res sit*²⁹, e molto proba-

all'*acceptilatio* ed al *pactum de non petendo*, che anche per queste ultime alla legittimazione alla *pigneraticia* si pervenisse storicamente non tramite il *satisfactum* della formula *in factum*, ma piuttosto con l'aiuto della formula di buona fede (che, se esistita, fu sicuramente posteriore alla codificazione adrianea dell'editto: KASER, *l.c.*). In mancanza però di altre fonti, niente di sicuro può dirsi al riguardo.

²⁸ Un'esclusione dell'azione operante senza aiuto di *exceptio*, per mezzo della 'Befriedigungsklausel' stessa, potrebbe dirsi sopravvenire '*ipso iure*': l'espressione, alquanto paradossale trattandosi di una *formula in factum*, si trova però riferita al pegno in qualche passo; così, *pignus ipso iure liberatum* in D. 9.4.27 pr. (Gai. 6 *ed. prov.*), dove però *ipso iure* si contrappone (H. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹ [Jena 1907] 288 *s.h.v.*) a 'durch private Rechtshandlung', non a 'durch magistratische Hilfe', visto che si usa per descrivere l'effetto della *denegatio* della *pignoris persecutio*; in C. 8.27(28).1 (Alex. a. 223) *ipso iure liberatum* si dice del *pignus* dopo che il creditore si è soddisfatto con i frutti dello stesso. Per *ipso iure* riguardo ad altre *actiones in factum*, cfr. Gai. 4.107 e D. 2.14.17.1 (Paul. 3 *ed.*). Anche se gli stessi giuristi romani tendevano a minimizzare le differenze tra estinzione *ipso iure* e *ope exceptionis* (cfr. notoriamente, D. 50.17.112 [Paul. 8 *ed.*], nonché tante fonti con *actio exceptione 'tollitur', 'ammissa est'*, tra cui cfr., per la *Serviana*, D. 2.14.17.2 [Paul. 3 *ed.*], e, ancora più radicale, D. 9.4.27 pr. [Gai. 6 *ed. prov.*]), tali differenze esistono, e non si limitano certo alla superfluità dell'*exceptio*: a) se la *Serviana* resta esclusa solo *ope exceptionis*, sarà ancora esperibile quando all'*exceptio pacti* si possa opporre una *replicatio*: notoriamente la *replicatio pacti*, se si conclude un secondo patto in contrario (Gai. 4.126, e I. 4.14 pr.; D. 2.14.27.2 [Paul. 3 *ed.*]) o la *replicatio doli*, sia quando il creditore pattuisce *circumscriptus* (a quest'ipotesi si può riferire la *pacti conventio inutiliter facta* di C. 8.25.5 [Gord. a. 241], da cui comunque si desume che, caduta l'*exceptio pacti*, sussiste l'azione reale del pegno: ... *petere non vetaris et usitato more pignora vindicare*) sia quando qualche circostanza posteriore permetta di considerare dolosa l'invocazione del *pactum* in giudizio; b) l'estinzione *ope exceptionis* è operativa soltanto riguardo ai legittimati per l'*exceptio pacti* (e così, il *pactum* del nostro passo era *in personam*, secondo l'interpretazione di cui *infra* nei § 6-7, in quanto si pretendeva non invocabile da terzi).

²⁹ La prova, nel commento che Marciano stesso dedica a questo *pactum ne res pignori sit*: D. 20.6.8.1-5 (Marcian. *form. hyp.*), particolarmente § 2 (*hanc exceptionem*) e § 4 (*repellit*). Cfr. pure D. 20.6.7.2 (Gai. *form. hyp.*) (*per ipsam pacti exceptionem conventi*), più problematico per la tormentata redazione e per il figurare come un corpo estraneo nel commento al *consensus venditionis*, su cui i § precedenti e successivi. L'efficacia *ope exceptionis* del *pactum ne res pignori sit* contrasta fortemente nel commento marciano col valore soddisfattivo del *iusiurandum ne res hypothecae obligata sit* – D. 20.6.5.3 (Marcian. *form. hyp.*) – che libera così il pegno '*ipso iure*' (*supra* nt. 28). Siccome il pretore, a tenore dell'Editto, non poteva denegare l'*exceptio iurisiurandi* in questo caso, il testo può solo significare che tale *exceptio* non è più necessaria *in casu*: e questo, probabilmente, per evitare ogni possibile discussione circa la possibilità di estenderla a terzi, *v.gr.* ai futuri acquirenti della cosa.

bilmente³⁰ anche in quella di *pactum de non petendo*³¹.

5. Ma appena fatta quest'iniziale equiparazione, appena affermata così l'estinzione del pegno con il *pactum de non petendo*, il passo

³⁰ Così tra gli altri G. GROSSO, *Remissione* cit. 111 s.; J. ROUSSIER, *Satisfacere*, in *Studi in onore di P. de Francisci* II (Milano 1956) 151 s. *Contra*, P. FREZZA, *Le garanzie* II cit. 279, 288. La discussione è risalente: cfr. H. DONELLUS, *Opera* IX (Lucca 1766) 1059, per l'efficacia satisfattiva, e, per quella *ope exceptionis*, J. CUIACIUS, *Opera Omnia* V (Neapoli 1722) 56 b (*Comment. in Lib. III Paul. ad edictum, ad l. XVII de pactis § de pignore* = D. 2.14.17.2). Un riassunto, in E.CH. WESTPHAL, *Versuch einer systematischen Erläuterung der sämtlichen Römischen Gesetze vom Pfandrechte*³ (Leipzig 1800) 335 s.

³¹ Un testimonio potrebbe essere D. 2.14.17.2 (Paul. 3 ed.): *De pignore iure honorario nascitur ex pacto actio: tollitur autem per exceptionem, quotiens paciscor ne petam*. Nella versione di B. 11.1.17.2, *paciscor ne petam* viene riferito alla *pecunia*: 'H δὲ ὑποθηκάρια καὶ τίκεται διὰ συμφώνου καὶ ἀναιρεῖται, ὅτε συγχωρεῖται τὸ χρέος (HEIMBACH I 585 = SCHELTEMA A II 630); cfr. pure il secondo scolio dell'anonimo alle parole ἢ ψιλῶ συμφώνῳ (*vel nuda conventione*) in B. 25.1.9.3 (= D. 13.7.9.3, *supra* nt. 27), che colloca il passo di Paolo accanto a D. 13.7.11.2 come testimonii di estinzione del pegno per *pactum de non petenda pecunia* (HEIMBACH III 56 = SCHELTEMA B V 1773 nr. 7). Ma la contrapposizione tra patto generatore e patto estintivo dell'ipoteca fa piuttosto pensare ad un patto di rinuncia all'ipoteca stessa, e l'oggetto implicito di *paciscor ne petam* può essere *rem* non meno che *pecuniam* (cfr. in D. 2.14.27.8 [Paul. 3 ed.] un *pactum ne hereditatem peterem* che non può riferirsi che alla *hereditatis petitio*, se viene violato con un *singulas res ut heres petam*: si tratta però, è vero, dell'unica fonte in cui un *pactum ne petam* si riferisce inequivocabilmente ad un'azione reale). Ma anche a prescindere da questo passo, vi sono degli indizi che il *pactum de non petendo* escludesse l'azione ipotecaria solo *ope exceptionis*: a) il fatto stesso che Marciano nel nostro testo accomuni la sua efficacia a quella della rinuncia all'ipoteca, che operava sicuramente *ope exceptionis* (v. nt. 29); b) la connessione tra pr. e § 1, che mostra come tutto il frammento marciano sia imperniato intorno alla questione se il patto riguardante la *pecunia* si possa considerare fatto anche rispetto all'ipoteca stessa (anche se è vero che i § 2-3 poggiano già sull'interpretazione del *satisfacere* della formula). Non rileva invece, l'*exceptionem perpetuam pariat* del nostro passo, dove l'*exceptio* è quella opponibile all'azione personale. Non osta, infine, a questa efficacia *ope exceptionis* l'espressione *solvitur hypotheca*, contro H. SCHOTT, *Über die accessorische Natur* cit. 35. Per questo *pactum de non petenda pecunia* non sappiamo se il pretore si limitasse ad includere nella formula ipotecaria la stessa *exceptio* che conosciamo da Gai 4.119, *si inter Am Am et Nm Nm non convenit, ne ea pecunia peteretur*, o se invece ricorresse all'*exceptio* del *pactum ne res pignori sit*, come se il creditore avesse rinunciato pure al pegno, secondo quanto sembra suggerire il passo di Marciano (... *eadem et in hoc casu possunt dici, ut et ab hypotheca discedatur*; cfr. pure § 1: *Si paciscatur creditor, ne intra annum pecuniam petat, intellegitur de hypotheca quoque idem pactus esse*).

introduce un'apparente riserva: *nisi si quis dicat pactum interpositum esse ut a persona non petatur*. E aggiunge ancora una domanda: *et quid si hoc actum sit, cum forte alius hypothecam possidebit?*³². Tutta la difficoltà del passo sta nel capire queste due frasi.

Una prima interpretazione verrebbe suffragata dall'autorità dei *Basilici*, che traducono la prima frase così, εἰ μὴ ἄρα τὴν προσωπικὴν μόνην ἠθέλησε συγχωρῆσαι³³, interpretando cioè il *pactum ut a persona non petatur* come una rinuncia alla sola azione personale: il creditore avrebbe rinunciato soltanto a questa e non pure al pegno³⁴. E la questione sarebbe dunque: deve perdere l'azione ipotecaria anche questo creditore che non vi ha voluto rinunciare? E se il pegno è *in possessione* di un terzo? Deve estendersi anche a lui l'eccezione di un patto concluso *inter alios* e non concernente la *res* ma solo la *pecunia* dovuta da un altro? Come ben si vede, si tratta di dubbi gravi, tanto che si crederebbero posti per mostrare che in fatti il *pactum de non petendo* non fa necessariamente perdere il pegno.

E perciò colpisce l'inaspettata frase finale, dove leggiamo: ma siccome il patto genera un'*exceptio perpetua* può anche in questo caso dirsi lo stesso, come quando si rinuncia all'ipoteca. I dubbi vengono così messi da parte, il *pactum* di rinuncia alla quantità interpretato a dispetto della concreta volontà delle parti come rinuncia all'ipoteca. E più ancora della soluzione sorprende il modo in cui essa viene argomentata: l'eccezione del patto è perpetua, leggiamo nel testo. Ma che importa questa perpetuità, quando in discussione è se essa possa essere opposta da un terzo, e più in generale se essa possa essere opposta di fronte alla *Serviana* e non solo all'azione personale? Questo modo di risolvere autoritariamente i dubbi, con un argomento poi solo comprensibile partendo dal principio di accessorietà – il

³² Tra le singolarità del linguaggio marciano riguardo all'ipoteca sta pure quest'uso del termine per alludere alla *res*; cfr. pure D. 20.4.12 pr. (*hypothecam accepit sive possideat*), D. 20.5.7.2 (*hypothecam vendere*): A. MANIGK, *Zur Geschichte der römischen Hypothek I. Die pfandrechtliche Terminologie und Literatur der Römer* (Breslau 1904) 128.

³³ B. 25.8.5 pr. (SCHELEMA A III 1233). Nella versione latina di HEIMBACH III 91, ... *nisi personalem tantum actionem remittere voluerit*.

³⁴ Così, H. SCHOTT, *Über die accessorische Natur* cit. 36: «Die Hypothek erlischt ... durch Verzicht auf die Obligation, außer es wäre ... der Vertrag mit dem pfandbesitzenden Schuldner dahin abgeschlossen, daß blos das obligatorische Recht, die persönliche Klage, nicht geltend gemacht werden solle, 'ut a persona non petatur'».

pegno non può sopravvivere, sembra essere l'idea, se una *exceptio perpetua* fa cadere definitivamente l'azione personale – sembra più facilmente attribuibile ai compilatori che al giurista che tali dubbi ha introdotto.

Sennonché, lo stesso argomento della perpetuità dell'*exceptio* si trovava, come abbiamo visto (*supra sub* 3), in D. 12.2.40 (Iul. 13 *dig.*). E l'ipotesi che i compilatori l'abbiano introdotto in entrambi i testi e non regge: infatti, nella compilazione restano fonti assai numerose che risultano in qualche aspetto incompatibili con il principio di accessorietà³⁵: troppe invero per congetturare una svista dei compilatori, sicché s'impone la conclusione che nemmeno loro avevano alcun interesse ad introdurre tale principio³⁶.

Ma l'ipotesi che la frase finale sia compilatoria cade soprattutto se si presta attenzione alla versione bizantina stessa nella sua integrità: Εἴτε τὴν ὑποθήκην συγχωπήσει εἴτε τὸ χρέος, λύεται τὸ ἐνέχυρον, κἂν ἄλλος νέμῃται, εἰ μὴ ἄρα τὴν προσωπικὴν μόνην ἠθέλησε συγχωρῆσαι³⁷. Cioè: «il pegno si libera se il creditore rinuncia allo stesso o pure al debito, anche se possiede un terzo; a meno che voles-

³⁵ Così, se i compilatori volessero forzare il principio di accessorietà non avrebbero accolto il già esaminato D. 46.3.38.5 (Afr. 7 *quaest.*), e tanto meno una laconica affermazione come si legge nella stesura compilatoria di C. 8.30(31).2 (Gord. a. 240): *Intellegere debes vincula pignora durare personali actione submota*; né tutti quei passi in cui la sopravvivenza del pegno all'azione personale si argomenta sulla base della formula, invocando la mancata *solutio* o *satisfactio* (cfr. l'elenco *supra* in nt. 9 i.f.), cioè l'autonomia estintiva del pegno stesso.

³⁶ L'emersione di un'idea scolastica di accessorietà, secondo cui il pegno si estingue con il debito come accessorio, si può apprezzare in qualche scolio dei *Basilici*: così, notevolmente, sch. Τουτέστιν a B. 11.1.17.2 (D. 2.14.17.2) (HEIMBACH I 587 = SCHELEMA B I 230 n° 11): Τουτέστιν, εἰ καὶ μὴ γένηται σύμφωνον πρωτοτύπως, περὶ τῆς συμπαθείας τῆς ὑποθήκης, συγχωπηθῇ δὲ τὸ χρέος, δι' ὃ καὶ ἡ ὑποθήκη συνέστη, συναναιπρεῖται καὶ αὕτη ὡς παρακολούθημα. Ovviamente però, la conservazione in *Digesto* e *Codex* di passi incompatibili con il principio di accessorietà (cfr. la nota precedente) impediva che nei *Basilici* quest'idea fosse perseguita con coerenza. E d'altro canto, la natura alluvionale dei *Basilici* si riflette molto notevolmente in tema di accessorietà: un esempio estremo viene offerto dalla versione bizantina del nostro passo marcianeo, su cui subito *infra* nel testo, che col capovolgere l'ordine dell'originale e con l'interpretare il *pactum ut a persona non petatur* come remissione soltanto dell'azione personale introduce un'ipotesi di sopravvivenza dell'ipoteca all'obbligazione che in Marciano non esisteva.

³⁷ B. 25.8.5 pr. (SCHELEMA A III 1233). Nella versione latina di HEIMBACH III 91: *Sive hypothecam remiserit creditor, sive debitum, pignus solvitur, licet alius possideat: nisi personalem tantum actionem remittere voluerit.*

se rinunciare soltanto all'azione personale». Come si vede, l'ordine delle proposizioni viene capovolto, sicché alla fine si ammette quello che nei *Digesta* non si ammetteva, cioè la rinuncia solo all'azione personale, ma non pure al pegno. Si potrebbe essere tentati di credere che i bizantini ci offrano qui la lezione originale di Marciano. Ma sarebbe illudersi: se Marciano avesse così scritto, ai compilatori sarebbe bastato togliere la riserva finale per arrivare al risultato del *Digesto*; se si comparano poi le due versioni, quella problematizzante del *Digesto* e quella aproblematica dei *Basilici*, si rende evidente come da quella si poteva arrivare a questa, ma non l'inverso. Insomma, sono stati i bizantini stessi a salvare nella versione dei *Basilici* la possibilità di sopravvivenza del pegno all'obbligazione garantita. E di qui risulta come sia improbabile che il rifiuto di tale permanenza nell'originale provenga dai compilatori.

6. Dobbiamo dunque credere che Marciano corregga se stesso? O forse abbandonare l'interpretazione che ci porta a questa aporia? Infatti, tutto il discorso fatto finora dipende dalla interpretazione, suffragata dai *Basilici*, di *a persona petere* come *in personam agere*. Sennonché, questo modo di esprimersi sarebbe un *unicum* nelle fonti. Cosa sia un *pactum de non petendo* concluso *ut a persona non petatur* si legge invece nel ben noto D. 2.14.7.8 (Ulp. 4 ed.):

Pactorum quaedam in rem sunt, quaedam in personam. In rem sunt, quotiens generaliter paciscor ne petam: in personam, quotiens ne a persona petam, id est ne a Lucio Titio petam ...

Con tutta probabilità, dunque, il patto *ut a persona non petatur* di Marciano non è, come volevano i *Basilici*, una rinuncia all'azione personale con riserva dell'ipoteca (costruzione dall'altro lato congeniale alla prassi orientale di 'reine Sachhaftung'³⁸). È semplicemente un *pactum de non petendo* concepito non *generaliter*, ma *in personam*, riferito cioè alla concreta persona del debitore³⁹. Il che acqui-

³⁸ Sulla 'reine Sachhaftung' congetturabile pure per il diritto romano arcaico, cfr., per tutti, M. KASER, *Studien* cit. 2 nt. 8, 110 nt. 279, con lett. Per il diritto greco-egizio, cfr. L. MITTEIS, *Grundzüge und Chrestomatie des Papyruskunde* II. *Juristischer Teil* 1. *Grundzüge* (Leipzig-Berlin 1911) 141 ss.

³⁹ Così pure G. SEGRÈ, *Sull'efficacia del 'pactum de non petendo'*, in *RDC*. 1 (1915) 1062 ss. [= *Scritti vari di diritto romano* (Torino 1952) 118 e nt. 2], che però

sta rilievo pensando all'ipotesi, che Marciano subito introduce, che un terzo possieda la cosa. Inteso così il testo, per Marciano non c'è dubbio che – come lui stesso stabilisce all'inizio – il *pactum de non petendo* in generale estingue pure l'ipoteca. Il dubbio si pone solo riguardo al *pactum de non petendo* concluso *in personam* quando possessore dell'ipoteca è un terzo, sembra cioè con l'intenzione di liberare il debitore e soddisfarsi con l'ipoteca a spese del terzo⁴⁰. È questo che viene respinto, facendo cadere l'ipoteca, con l'argomento '*cum ... pactum conventum exceptionem perpetuam pariat*'.

L'argomento sembra acquistare, interpretato così il testo, un colore molto diverso: è sempre vero che si sta argomentando col principio dell'accessorietà; ma sembra anche che Marciano non sia mosso dall'amore di principio (come si crederebbe se la questione si collocasse solo tra debitore e creditore) ma dalla difesa del terzo possessore, su cui altrimenti un patto concluso tra altri verrebbe a spostare la responsabilità di cui il debitore stesso si è liberato.

Ma anche questa interpretazione pone dei gravi problemi, riguardanti il bisogno stesso di difendere il terzo possessore, che avrebbe portato Marciano a interpretare a suo favore un patto *inter alios* contro l'espressa volontà delle parti. Infatti, nelle due ipotesi

espunge la frase [*nisi si quis dicat - petatur*] come itp., seguendo le ben note idee di G. ROTONDI, *Di alcune riforme giustinanee relative al 'pactum de non petendo* (Perugia 1913) 3 ss. [= *Scritti Giuridici* II (Milano 1922) 307 ss.], circa l'esasperazione della distinzione tra i bizantini. Sulla distinzione vi è un'amplessissima letteratura, tra cui cfr. W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftsstipulationen* (1932) 131 ss.; F. DE MARTINO, *Le garanzie personali dell'obbligazione* I (1940) 185 ss.; P. VOCI, *Diritto Ereditario Romano* I² (Milano 1967) 243 ss.; A. WACKE, *Zur Lehre vom pactum tacitum und zur Aushilfsfunktion der exceptio doli*, in ZSS. 90 (1973) 234 ss.; G. MELILLO, *Pacta in rem, pacta in personam. Una divisio classica?*, in *Sodalitas* III (Napoli 1984) 1459 ss.; ID., *Il negozio bilaterale romano. 'Contrahere' e 'pacisci' tra il I e il III secolo* (Napoli 1986) 192 ss.; F. STURM, *Il pactum e le sue molteplici applicazioni*, in *Contractus e Pactum. Atti Copanello 1988* (Napoli 1990) 172 ss.; V. MANNINO, *L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale nel diritto romano classico* (Torino 1992); ID., *Sulla trasmissibilità dell'exceptio pacti*, in *Labeo* 40 (1994) 170 ss.

⁴⁰ Cfr. gl. '*actum sit*'; J. CUJACIUS, *Opera Omnia* V (Neapoli 1722) 56 e (*Comment. in Lib. III Pauli ad Edictum, ad l.XVII de pactis § si quis paciscatur* [= D. 2.14.17.3]). Se nella nostra previa interpretazione la soluzione si riferiva a due fattispecie diverse – il *pactum in personam* col debitore in possesso dell'ipoteca, e quello concluso con il debitore quando l'ipoteca era in possesso di un terzo –, in questa interpretazione si tratta di una sola fattispecie, il che dall'altro è più congruente con l'*eadem et in hoc casu possunt dici* finale.

più ovvie – terzo compratore⁴¹ e terzo ipotecante – di un tale bisogno non si può parlare: il compratore che ha ricevuto la cosa dell'ipotecante potrà normalmente agire contro costui per l'evizione; e l'ipotecante che ha garantito un debito altrui potrà normalmente agire con l'*actio mandati* contro il debitore⁴². È pur vero che restano delle ipotesi marginali in cui queste azioni sono escluse – v.gr. quando il pegno si è costituito *invito vel ignorante debitore*, o *donandi animo*⁴³ – e che è proprio in tali ipotesi che un *pactum in personam* avrebbe senso per il debitore. Ma anche per queste ipotesi, la giurisprudenza, almeno severiana, ammetteva senza apparenti riserve la concentrazione della responsabilità sul *fideiussor*, quando il *reus* veniva liberato tramite *pactum in personam*⁴⁴. E questa soluzione per la *fideiussio* è pure l'unica consentita per il pegno⁴⁵, riguardo al quale

⁴¹ Quest'ipotesi di terzo compratore non resta esclusa nemmeno per coloro che escludono la *facultas alienandi* del pignorante senza il *consensus creditoris*: per tutti, M. KASER, *Studien* cit. 34 s., 258. Infatti, se è vero che tale *consensus* estingue il pegno – rendendo opponibile all'azione ipotecaria l'*exceptio* '*si non voluntate Ai Ai pignus datum est*' – è pure vero che questa estinzione può evitarsi se il creditore fa riserva del suo diritto: D. 20.6.4.1 (Ulp. 73 ed.).

⁴² Sull'*actio mandati* come normale azione di regresso del pignorante in favore altrui, cfr. D. 13.6.5.12 (Ulp. 28 ed.): ... *plane si ego pro te rem pignori dederò tua voluntate, mandati erit actio* ...; e D. 38.5.1.19 (Ulp. 44 ed.): *Si fideiussit apud me libertus vel rem suam pro alio pignori dedit in necem patroni ... creditor non poterit Fabiana conveniri: debitor poterit quidem, sed potest et mandati* ...

⁴³ All'esclusione dell'*actio mandati* contro il debitore quando il pignorante agisce *donandi animo* si riferisce esplicitamente D. 38.5.1.19 (... *plane si deficiat mandati actio, quia donationis causa intervenit, erit Fabianae locus*).

⁴⁴ Così, chiaramente, D. 2.14.22 (Ulp. 4 ed.): *Nisi hoc actum est ut dumtaxat a reo non petatur, a fideiussore petatur: tunc enim fideiussor exceptione non utetur*. Cfr. pure D. 34.3.5 pr. (Ulp. 23 Sab.), dove, per l'adempimento del *legatum liberationis* in favore soltanto del reo e non pure del fideiussore, Ulpiano propone il *pactum in personam* con il debitore, per i casi in cui il fideiussore non ha regresso contro di lui (v.gr. *si donationis causa fideiussor intervenit*; quando invece il fideiussore ha azione di regresso, ovviamente, il patto *in personam* non aiuta il debitore); Ulpiano insomma propone, nei limiti in cui è utile al debitore, un *pactum in personam* che concentra tutta la responsabilità sul fideiussore: ... *atquin solemus dicere pacti exceptionem fideiussori dandam, quae reo competit: sed cum alia sit mens legantis, alia paciscentis, nequaquam hoc dicimus*. E in D. 34.3.5.3 applica la stessa dottrina alla responsabilità adietizia del *paterfamilias*. E contrario, rileva pure D. 44.1.7.1 (Paul. 3 Plaut.): ... *igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fideiussori* ...

⁴⁵ L'obiezione si trova già in E.I. BEKKER, *Die Wirkung der Klagenverjährung*, in *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts* 4 (1860) 20: «... auch den Bürgen nicht jedes *pactum de non petendo* des Schuldners zu gute kommt; man sollte meinen,

vige il principio secondo cui il creditore è libero di scegliere tra l'azione personale contro il debitore o quella ipotecaria sulla cosa⁴⁶, principio abbandonato solo quando Giustiniano, nella Nov. 4.2, introduce il c.d. *beneficium excussionis personalis*⁴⁷.

Insomma: se il terzo può agire contro il debitore, non vi è bisogno di proteggerlo; e se non può – unica ipotesi in cui il patto *in personam* ha senso per il debitore – la giurisprudenza tardo-classica non lo proteggeva se si trattava di un *fideiussor*; e non ha senso proteggerlo nemmeno quando si tratta di un pignorante, visto che comunque il creditore era, anche prima del *pactum*, libero di agire contro di lui piuttosto che contro il debitore. Quest'interpretazione del passo rende, insomma, incomprensibili le motivazioni di Marciano nell'estendere a questo terzo gli effetti del *pactum in personam* contro la volontà dei paciscenti.

7. Non è tutto. Il passo ci riserva ancora un altro enigma, che gli interpreti tendono a ignorare⁴⁸: lo strano futuro *possidebit*, nella

dritte Pfandbesitzer seien keinesfalls mehr zu schützen als Bürgen (cfr. fr. 7 § 1 *de exc.* 44.1, fr. 21 § 5.22.32 *de pactis* 2.14)».

⁴⁶ Cfr. C. 8.13.14 (Diocl. Max. a. 293) e C. 4.10.14 (Diocl. Max. a. 294), che ribadiscono tale libertà appunto quando il terzo possessore è un compratore della cosa (probabilmente, difatti, non tanto per escludere che il creditore sia costretto ad agire contro il debitore, ma piuttosto che lo sia ad agire contro il terzo, conformemente alle concezioni giuridiche ellenistiche, che concentrano sull'ipoteca tutto il diritto del creditore: cfr. *supra* nt. 38). In contrasto solo apparente con tale principio, si avverte in C. 8.13.10 (Diocl. Max. a. 290) che prima della *persecutio pignoris* i debitori '*conveniendi sunt*': questo *convenire*, però, non allude all'azione personale, ma è soltanto un *denuntiationibus convenire*. Pure D. 20.4.19 (Scaev. 5 *resp.*) dà per scontato il diritto del creditore di perseguire la cosa anche avendo debitori idonei: la questione è solo se con l'offrirsi al pagamento questi diventino legittimati ad esigere la cessione del credito.

⁴⁷ Un precedente di questo dovere fu stabilito tramite costituzione imperiale per i crediti del fisco: cfr. D. 49.14.47 pr. (Paul. 1 *decr.*), C. 10.2.1 (Gord.).

⁴⁸ Fra i pochi che lo notano, F. EBRARD, *Die Digestenfragmente* cit. 100, 'das sinnwidrige Futurum *possidebit*'; ingiustificata però la sua qualificazione della frase come 'parafrastische Erweiterung des Gedankens, der vorher ausgesprochen wurde'. Consapevolmente o meno, la frase viene corretta al presente in R. KNÜTEL, B. KUPISCH, H.H. SEILER, O. BEHREND, *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung III. Digesten* 11-20 (Heidelberg 1999) 652: «Und was gilt, wenn dies vereinbart wurde, während gerade ein Dritter die Pfandsache in Besitz hat?». Invece, A. WATSON, *The Digest of Justinian I/2* (Philadelphia 1998) *ad leg.*, traduce, rendendo conto del *possidebit* latino, «And what if a third person later possesses the security?».

frase «*et quid si hoc actum sit, cum forte alius hypothecam possidebit*». Una proposizione introdotta da *cum* può esprimere simultaneità, tutt'al più anteriorità, mai come in questo caso posteriorità: *hoc actum sit, cum ... possidebit* – questo fu fatto quando ... avrà il possesso – sembra non avere senso. La possibilità più semplice sarebbe correggere questo '*possidebit*' della *Florentina* per '*possidebat*' – come fanno alcune *Vulgate* – o '*possideret*'. Mommsen però non fa nessuna emendazione. E forse a ragione, perché questo apparente sbaglio ci offre una nuova chiave di lettura del passo: e se Marciano si riferisse non al terzo che è in possesso quando si conclude il *pactum in personam*, ma a quello che acquista il possesso con posteriorità? Intesa così la fattispecie, la decisione del giurista e la sua argomentazione diventano subito comprensibili: la questione non concerne gli effetti di un *pactum in personam* concluso quando l'ipoteca è in potere di un terzo, con l'intenzione di escludere costui; si tratta piuttosto degli effetti del *pactum de non petendo in personam* riguardo ai terzi che possano acquistare la cosa nel futuro⁴⁹, per qualsiasi titolo, tipicamente come compratori. Non estendere a tali terzi l'eccezione, rendendo così inevitabile il suo agire per l'evizione contro il debitore, significa sostanzialmente impedire al debitore l'alienazione della cosa, il che risulta assurdo se egli è stato liberato in modo definitivo. Questo sarebbe il significato dell'argomento «*cum ... exceptionem perpetuam pariat*»⁵⁰.

⁴⁹ Interpretato così il testo, il patto ovviamente non si sarebbe concluso *in personam* per escludere tale ipotetico futuro acquirente. Chi dunque? Tipicamente, i possibili correi o garanti: D. 2.14.22, D. 34.3.3.3, D. 34.3.5.2-3 (Ulp. 23 *Sab.*). Invece, un patto concluso *in personam* per escludere gli eredi – come in D. 22.3.9 (Cels. 1 *dig.*) e D. 2.14.17.3-4 (Paul. 3 *ed.*) – porrebbe il problema della sua compatibilità con la qualificazione nel testo dell'*exceptio* come *perpetua*. Questo problema non si pone invece con il patto che esclude i fideiussori, perché tale esclusione non implicava, almeno al tempo di Marciano, esclusione degli eredi: un patto *in personam* era infatti possibile coinvolgendo esplicitamente questi – '*ne a me ne a herede meo petatur*' (la *heredis mentio* di D. 22.3.9) –; e anche quando non vengono così menzionati non li si dà per esclusi, salvo prova contraria (*ex* D. 22.3.9), sicché alla fine del periodo classico la regola sembra essere, salvo prova della sua esclusione, la trasmissibilità agli eredi anche dei *pacta in personam*: D. 13.7.8.4 (Pomp. 35 *Sab.*); D. 2.14.19.1; D. 2.14.21 *pr.* (Paul. 3 *ed.*). Cfr., per tutti, V. MANNINO, *Sulla trasmissibilità* cit. 170 ss.

⁵⁰ Ancora una diversa interpretazione del passo in E.I. BEKKER, *Die Wirkung* cit. 420 s. La frase '*et quid actum sit ...*' si riferirebbe al patto concluso senza limitazione personale, domandandosi se tale limitazione si dovesse presumere quando il

La lettura proposta rende conto così sia del contenuto del passo che del *prima facie* strano *possidebit*. Svanisce anche, a ben vedere, il problema grammaticale che poneva questo *possidebit*. Basta collocare *si hoc actum sit* fra le virgole: *et quid – si hoc actum sit – cum forte alius hypothecam possidebit*. In questa lettura, *cum forte alius hypothecam possidebit* non dipende da *actum sit*, ma si collega direttamente a *et quid*. La questione non è, insomma, ‘*quid (iuris)* se il patto fu concluso *in personam* quando un terzo sarà forse in possesso dell’ipoteca – il che, ovviamente, non regge –, ma ‘*quid (iuris)* – se il patto fu concluso *in personam* –, quando un terzo sarà forse in possesso dell’ipoteca’.

Resta aperta la questione sull’articolazione processuale di questa soluzione. Se il *pactum de non petendo* avesse valore satisfattivo nell’azione *Serviana*, non vi sarebbe alcun problema; ma, come abbiamo visto (*supra sub 4* e nt. 31), sembra dalle fonti che la sua efficacia fosse quella normale *ope exceptionis*. Il problema è quindi estendere al terzo futuro possessore l’*exceptio* di un patto concluso *in personam* con il debitore⁵¹. Naturalmente, si potrebbe ricorrere come altre volte all’*exceptio doli*, nella sua funzione sussidiaria⁵². Ma il testo non offre alcuno spunto in tal senso. Piuttosto sembra suggerire, con l’affermare che la rinuncia s’intende fatta pure relativamente all’ipoteca, l’estensione al terzo dell’*exceptio pacti*, per via d’interpretazione del patto stesso.

E torniamo per finire alla questione dell’accessorietà. Nel passo,

pegno sia nel possesso di un terzo; l’*eadem possunt dici* rifiuterebbe tale presunzione, per ribadire l’estinzione dell’ipoteca, ma soltanto per questa ipotesi; salva resterebbe così la sopravvivenza del pegno all’obbligazione quando il patto fosse espressamente concluso *in personam*, introdotta col ‘*nisi si quis dicat ...*’, come eccezione al principio con cui s’inizia il testo. Questa interpretazione non convince: a) già prima di Marciano la giurisprudenza sembra unanime nel principio che non si presume mai che un patto sia stato concluso *in personam*: cfr. D. 22.3.9 (Cels. 1 *dig.*), D. 2.14.7.8 (Ulp. 4 *ed.*); tra la vasta letteratura, per tutti, V. MANNINO, *L’estensione cit.*; ID., *Sulla trasmissibilità cit.* 170 ss.; la questione ‘*et quid si hoc actum sit ...*’ era dunque, così come la intende il Bekker, improponibile; b) il futuro ‘*possidebit*’ rimane sempre un ostacolo a questa lettura; c) infine, l’argomento ‘*cum ... exceptionem perpetuam pariat*’ non regge in questa interpretazione.

⁵¹ Il problema dipende dal fatto che la regola secondo cui dal patto deriva eccezione per tutti coloro che, secondo l’interesse del paciscente, si possano *defendere* – e l’interesse è ovvio nel caso nostro – si limita ai *pacta in rem*: D. 2.14.21.5 (Paul. 3 *ed.*).

⁵² Su questa funzione dell’*exceptio doli*, per tutti, A. WACKE, *Zur Lehre cit.* 220 ss.

Marciano elimina ancora, è vero, un'ipotesi in cui l'ipoteca potrebbe sopravvivere all'obbligazione: quando questa viene estinta tramite *pactum in personam*, limitato cioè alla persona del debitore. E raggiunge tale risultato invocando la perpetuità dell'*exceptio doli*, vale a dire della liberazione del debitore. A dispetto però dell'impressione iniziale, questo argomento non è da collegare con l'idea dell'accessorietà, cioè con la 'Faustregel' di D. 46.3.43 (Ulp. 2 *reg.*), secondo cui ogni liberazione definitiva del debitore libera pure l'ipoteca. Dall'interpretazione proposta emerge piuttosto che per Marciano si trattava soltanto di mettere in luce che la liberazione del debitore, che il creditore ha voluto definitiva e completa, non lo sarà, data la sua responsabilità per evizione di fronte ai terzi eventuali acquirenti dell'ipoteca, se l'*exceptio* non si estenda pure a questi, se non s'intende, cioè, che il creditore ha rinunciato pure all'ipoteca stessa. Alla liberazione dell'ipoteca si perviene, dunque, tramite interpretazione oggettiva del negozio, non tramite applicazione di una *regula iuris* generale, anche se questa viene confermata dal risultato raggiunto. Nessuno dei testi esaminati permette, insomma, di parlare di un uso giurisprudenziale dell'accessorietà del pegno come *topos* argomentativo.

